

Informe N° 022-2019-GRT

Opinión legal sobre la procedencia de aprobar la modificación del “Procedimiento para la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones de las Concesiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos”

Para : **Miguel Juan Revolo Acevedo**
Gerente de la División de Gas Natural

Fecha : 17 de enero de 2019

Expediente : D. 475-2015-GRT

RESUMEN

De acuerdo a las competencias establecidas en los lineamientos para la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones (PQI) de crecimiento de las redes de Distribución y los Planes Anuales que lo conforman (TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural), Osinergmin aprobó la Norma “Procedimiento para la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones de las Concesiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos” (Procedimiento de Liquidación PQI).

El Plan Quinquenal de Inversiones aprobado con Resolución N° 055-2018-OS/CD, será materia de liquidación al final del periodo tarifario, correspondiendo asimismo liquidar los Planes Anuales que lo conforman. Para dicho fin, el área técnica ha efectuado una revisión del Procedimiento de Liquidación PQI, habiendo identificado aspectos que requieren ser precisados a fin de que la liquidación se realice en estricta observancia del Reglamento de Distribución.

Con Resolución N° 189-2018-OS/CD, se publicó la propuesta de modificación del Procedimiento de Liquidación, recibiendo comentarios y sugerencias de la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. – Cálidda, de las cuales se concluye: a) Respecto a la solicitud de incluir un plazo para la subsanación de errores en la información remitida; el pedido se considera razonable ameritando un plazo único y no mayor a 10 días calendarios dado que la información del procedimiento es utilizada para la evaluación del cumplimiento y liquidación de los Planes Anuales que conforman el Plan y a su vencimiento, se procederá a dar inicio al procedimiento sancionador a que hubiere lugar; b) Respecto a que se mantenga la redacción original de los numerales 7.2, 8.2.2 y 9.3 del Procedimiento de modo que no recoja la exigencia de que los códigos asignados a los proyectos de instalación de gas en el PQI coincidan con los códigos reportados en el VNRGIS manteniéndose únicos e invariables; se desestima el comentario pues sus argumentos están orientados a modificar una disposición contenida en el numeral 6.5, la cual no forma parte de la propuesta publicada por Osinergmin.

En conclusión, y luego de cumplidos los requisitos de transparencia del marco normativo vigente, debe someterse a evaluación y posterior aprobación del Consejo Directivo, la propuesta de modificación del “Procedimiento para la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones de las Concesiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos”, aprobado con Resolución N° 299-2015-OS/CD.

Informe N° 022-2019-GRT

Opinión legal sobre la procedencia de aprobar la modificación del “Procedimiento para la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones de las Concesiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos”

1) Antecedentes

- 1.1. Mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM, se aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (en adelante “Reglamento de Distribución”), el cual contiene los lineamientos y criterios básicos para la fijación de las tarifas por el servicio público de distribución de gas natural.
- 1.2. La referida norma prevé que el reconocimiento de las inversiones a ser remuneradas a la Concesionaria a través de la tarifa, se efectúe considerando un Plan Quinquenal de Inversiones (en adelante “PQI”), definido en el numeral 2.33 de la norma citada, como el “Programa de ejecución del Sistema de Distribución elaborado por el Concesionario para un período de cinco (5) años”.
- 1.3. Asimismo, de acuerdo al Artículo 63c del Reglamento de Distribución, el Concesionario de distribución de gas natural se encuentra obligado a definir su Plan Quinquenal de crecimiento de la red de Distribución, el cual debe contener como mínimo: i) La valorización de las obras que se efectuarán anualmente con sus respectivos detalles de inversiones, ii) Las zonas en las que se proyecta tender la red de Distribución con el respectivo cronograma tentativo y, iii) La proyección del número de Consumidores que estarán en condiciones de recibir el servicio; correspondiendo que dicho plan sea aprobado en el marco del proceso tarifario respectivo.
- 1.4. Con fecha 17 de junio de 2015, se publicó el Decreto Supremo N° 017-2015-EM, con cuyo Artículo 5° se modificó el Artículo 63c° del Reglamento de Distribución, estableciendo que los Planes Quinquenales de Inversión y sus respectivos Planes Anuales, deben ser materia de liquidación por parte de Osinergmin, y definiendo los lineamientos aplicables para tal efecto, correspondiendo a Osinergmin aprobar el procedimiento necesario para efectuar la mencionada liquidación.
- 1.5. En cumplimiento de lo dispuesto por la norma antes citada, mediante Resolución N° 299-2015-OS/CD publicada el 18 de diciembre de 2015 Osinergmin aprobó la Norma “Procedimiento para la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones de las Concesiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos” (en adelante “Procedimiento de Liquidación PQI”), el cual establece los principios y criterios aplicables para la evaluación del cumplimiento del PQI y la liquidación que corresponda, a fin de incorporar el saldo en la siguiente regulación tarifaria.
- 1.6. Asimismo, recogiendo las disposiciones del Reglamento de Distribución, en el Procedimiento de Liquidación PQI se establece que la evaluación del cumplimiento y la liquidación de los Planes Anuales que conforman el PQI, se

efectúe anualmente sobre la base de la información que será presentada por el Concesionario de distribución de Gas Natural y de la supervisión de la ejecución de las inversiones aprobadas.

- 1.7. Ahora bien, durante el proceso regulatorio de fijación de las tarifas únicas de distribución de la concesión de Lima y Callao y de aprobación, entre otros conceptos, del Plan Quinquenal de Inversiones aplicable a dicha concesión para el periodo tarifario 2018 - 2022, este Organismo ha advertido la necesidad de efectuar modificaciones que precisen el Procedimiento de Liquidación PQI, de modo que al término del periodo tarifario pueda efectuarse la liquidación del PQI de manera adecuada.
- 1.8. Las precisiones mencionadas no constituyen una innovación en el marco jurídico, sino únicamente buscan recoger de mejor manera las obligaciones a cargo de la empresa concesionaria establecidas en el Artículo 63c del Reglamento de Distribución. Asimismo, tales cambios tienen por objeto: i) precisar el detalle de la información que debe ser remitida por la empresa concesionaria, ii) precisar que las liquidaciones de PQI considerarán los efectos de los reajustes tarifarios que se efectúen como consecuencia de las variaciones significativas de las bases utilizadas para la aprobación de la tarifa, conforme a lo previsto en el Artículo 121 del Reglamento de Distribución; y de la actualización del PQI para un determinado periodo tarifario, conforme lo prevé el literal e) del artículo 63c del Reglamento de Distribución y iii) precisar que la fórmula de liquidación del PQI considera únicamente las anualidades del PQI correspondientes al periodo tarifario materia de liquidación.
- 1.9. Con fecha 29 de noviembre de 2018 se publicó la Resolución N° 189-2018-OS/CD (en adelante “Resolución 189”), en la cual se dispuso la publicación del proyecto de modificación del Procedimiento de Liquidación PQI. El Artículo 2 de la Resolución 189 otorgó un plazo de quince (15) días calendario contados desde el día siguiente de la fecha de su publicación para que los interesados puedan presentar sus observaciones y/o comentarios respecto al proyecto de resolución publicado.
- 1.10. Luego de la publicación de la Resolución 189, con fecha 11 de diciembre de 2018, la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. – Cálidda, remitió sus comentarios al proyecto normativo publicado, mediante documento recibido con Registro GRT N° 10721-2018.

2) Análisis de aspectos legales contenidos en las opiniones y sugerencias formuladas al proyecto normativo publicado

A continuación, se analizan los temas vinculados a aspectos jurídicos, sobre los cuales se procede a resumir los comentarios pertinentes y a exponer el análisis legal sobre los mismos, correspondiendo al área técnica complementar, en lo que considere pertinente, el análisis de dichos comentarios. El análisis de los aspectos técnicos será desarrollado en el Informe Técnico respectivo.

2.1. Comentario 1: Sobre la incorporación de un plazo para la subsanación de observaciones a la información (numeral 5.9 del Proyecto de Norma)

Cálidda señala que la medida dispuesta por el numeral 5.9 del Proyecto de Norma consistente en que se inicie un procedimiento sancionador cuando la información presentada por los concesionarios sea inconsistente o imprecisa, carece de justificación debido a que la información requerida corresponde al Procedimiento para la Elaboración y Presentación de la Información Sustentatoria para la Fijación del Valor Nuevo de Reemplazo de Empresas Concesionarias de Distribución de Gas Natural (en adelante "Procedimiento VNR"), aprobado por Resolución 188-2012-OS/CD.

Al respecto, señala que los formatos, tablas y datos para completar la información del Procedimiento VNR es compleja, detallada y abundante y que la información adicional que se solicita para validar las instalaciones ejecutadas implica la remisión de información detallada y compleja, como la entrega de planos *as built*, reportes de construcción, etc.

Considera consecuentemente que, dado que la información requerida es abundante, de gran cantidad de datos y muy rigurosa, es posible que se verifiquen imprecisiones o inconsistencias en la información presentada; por lo que debería contemplarse un plazo para poder la subsanación de errores de modo que el mínimo error en la presentación de la información requerida no se encuentre sujeto a una posible sanción.

Por lo mencionado, solicita que el numeral 5.9 del proyecto se redacte de la siguiente manera:

*"(...)
5.9 En caso la información presentada por el Concesionario, en cumplimiento del presente Procedimiento, sea errada, imprecisa, inconsistente o incompleta; se procederá con informar al Concesionario a fin de que presente sus absoluciones o correcciones del caso, en un plazo de máximo de 10 días calendarios. Superado dichos plazos y en caso el Concesionario no cumpliera con levantar las observaciones, se procederá a dar inicio al procedimiento sancionador a que hubiera lugar".*

Análisis

En el artículo 135 del Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG) se contempla el supuesto de la subsanación documental, debiendo señalarse que, para tal efecto la referida norma no ha establecido un plazo determinado.

Considerando que el plazo de subsanación de observaciones es un plazo adicional, que permite al administrado rectificar los errores u omisiones de la información presentada a la administración (la cual debería ser la idónea desde el primer momento en que es presentada), se considera razonable que el Procedimiento de Liquidación PQI materia de aprobación contemple un plazo para que los administrados puedan subsanar las observaciones comunicadas por Osinerghmin.

No obstante, dado que la información reportada en virtud del Procedimiento de Liquidación PQI es utilizada por este Organismo para la evaluación del cumplimiento y la liquidación de los Planes Anuales que conforman el PQI; se considera razonable que, el plazo otorgado para la subsanación de observaciones sea único y no exceda los 10 días calendarios, a cuyo vencimiento se procederá a dar inicio al procedimiento sancionador a que hubiere lugar.

De acuerdo a lo expuesto, se acepta parcialmente el comentario, debiendo el numeral 5.9 del procedimiento quedar redactado de la siguiente manera:

“(…)

5.9 En caso la información presentada por el Concesionario, en cumplimiento del presente Procedimiento, sea errada, imprecisa, inconsistente o incompleta; ello será notificado al Concesionario a efectos de que, por única vez, subsane las observaciones dentro del plazo otorgado por Osinergmin, el cual no podrá ser mayor a diez (10) días calendarios contados a partir del día siguiente de la notificación. Superado dicho plazo, sin que el Concesionario haya cumplido con subsanar las observaciones, la información se considerará como no presentada y se adoptarán las acciones que correspondan para dar inicio al procedimiento administrativo sancionador a que hubiere lugar.”

2.2. Comentario 2: Sobre la codificación de los proyectos de instalación de gas natural (numerales 7.2, 8.2.2 y 9.6.3 del Proyecto de Norma)

Cálidda señala que, las modificaciones introducidas en los numerales 7.2, 8.2.2 y 9.6.3 obligan a que el código de cada proyecto de instalación de gas natural del PQI coincida con el código VNRGIS reportado, el cual deberá ser único e invariable para identificar el respectivo proyecto en el momento de la supervisión.

Asimismo, considera que existe una inconsistencia en el actual Procedimiento VNR, al requerir que los códigos VNRGIS que se reportan en el PQI aprobado se mantengan invariables en el tiempo, y que los mismos coincidan con los proyectos de instalación finales posterior a la ejecución de las obras de las redes. En efecto, según Cálidda, la elaboración del PQI que se presenta al inicio de un periodo tarifario utiliza la mejor información cartográfica disponible al momento de elaborar dicho Plan; sin embargo, dicha información no está libre de errores, ajustes u actualizaciones, que se van suscitando cuando se hace la ingeniería de detalle de las redes de distribución al momento de ejecutarse, la cual toma en cuenta variables constructivas, trazas de los caminos, estado de la pavimentación, ajustes de diseño, agrupaciones de manzanas, permisos municipales, entre otras muchas y diversas razones muy difícil de controlar y prever al momento de planear el PQI.

Para Cálidda, el riesgo de mantener invariable la codificación de proyecto aprobado en el Plan Quinquenal, es que la base VNRGIS, que sirve de base para el proceso tarifario como para el proceso de fiscalización de redes, no refleje adecuadamente la realidad de las redes ejecutadas, y que cuando se lleve a cabo la fiscalización de las redes ejecutadas utilizando el VNRGIS, estas no reflejen las redes reales conforme a obra que finalmente se hayan ejecutado.

Por lo señalado, la recurrente solicita se trabaje conjuntamente en la modificación al numeral 6.5 del Procedimiento de Liquidación PQI con el objeto de reemplazar la disposición de “único e invariable” del código de proyecto, de manera que dicho procedimiento permita reflejar lo que en la realidad sucede con la ejecución de proyectos. La base VNRGIS sólo debería reflejar la información real del desarrollo de las redes de distribución y no limitarlas a mostrar los códigos de proyectos del PQI aprobado, los cuales pueden estar no alineados con la información final de los planos conforme a obra.

Como propuesta inicial de trabajo, Cálidda plantea que, en cada presentación del Plan Anual, el cual deberá ser aprobado por Osinergmin, se presenten los códigos de proyectos definitivos de los proyectos del Plan Anual, los mismos que se convertirán en invariables y definitivos. En dicho momento, el concesionario deberá sustentar la equivalencia entre las zonas de los nuevos códigos y los aprobados en el PQI para garantizar que las zonas aprobadas se mantengan inalteradas.

Concluye, señalando que, debe mantenerse la redacción original de los numerales 7.2, 8.2.2 y 9.6.3 del Procedimiento de Liquidación PQI.

Análisis

De la revisión de los argumentos expuestos, se verifica que, con motivo de comentar la precisión efectuada a los numerales 7.2, 8.2.2 y 9.6.3 del Procedimiento de Liquidación PQI, en realidad Cálidda busca modificar la disposición contenida en el numeral 6.5 del citado procedimiento, en virtud de la cual los códigos asignados a los proyectos de instalación de gas natural en el PQI deben coincidir con los códigos reportados en el VNRGIS.

Considerando que no se ha propuesto la modificación del numeral 6.5, el presente comentario no puede ser aceptado, dado que no está vinculado a ninguna de las propuestas de modificación publicadas por la Resolución 189.

Sin perjuicio de lo señalado, debe precisarse que, con motivo de la aprobación del Procedimiento de Liquidación PQI la empresa Cálidda presentó comentarios similares cuestionando la disposición contenida en el numeral 6.5. Dichos comentarios fueron oportunamente analizados por el área técnica en el numeral 4.6 del Informe N° 746-2015-GRT, donde se explicó las razones por las que los códigos asignados a los proyectos de instalación de gas natural en el PQI deben coincidir con los códigos reportados en el VNRGIS, conforme a lo siguiente:

“(…)

- La definición de un código para cada proyecto y que a su vez sea invariable, tiene por objeto establecer una continuidad en el tiempo sobre cómo está conformado de los proyectos que se desarrollan en la concesión, permitiendo evaluar objetivamente la supervisión de la obra, en cualquier momento.
- Es importante señalar que si bien podría existir variaciones durante la construcción entre lo que se tenía planificado realizar y lo que finalmente se ejecuta como Proyecto, el concepto de proyecto (código único) debe prevalecer, lo cual permitirá que tanto la concesionaria como el Organismo no presenten confusión en los límites del proyecto y en consecuencia cuando se evalúe el factor de ajuste por variación de instalaciones supervisadas (FIS), tanto el

concesionario como el Organismo puedan responder con mayor objetividad sobre los resultados que obtenga dicho factor.

- La definición de un código único permite adicionalmente establecer un orden sobre la relación de los proyectos que desarrolla la concesionaria e Identificar cuales están asociados a nuevas solicitudes de factibilidad de suministro, cuales a clientes residenciales o en su defecto cuales están relacionados a los clientes importantes (...)"

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, conforme al Artículo 110 del Reglamento de Distribución, las inversiones que se remuneran a la Concesionaria a través de la tarifa de distribución, son determinadas considerando las inversiones previstas en el Plan Quinquenal propuesto por el concesionario y el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) que representará el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes.

En cuanto al PQI, según el Artículo 63c del Reglamento de Distribución, dicho plan debe ejecutarse mediante Planes Anuales a través de los cuales el concesionario puede detallar y/o actualizar la programación de la ejecución de las obras aprobadas en el PQI.

En cuanto a la liquidación del PQI, el citado Artículo 63c señala que esta debe considerar: *"(...) i) la ejecución del Plan Quinquenal, ii) los Planes Anuales y sus respectivas actualizaciones remitidos por la empresa concesionaria y aprobados por el Regulador, según las zonas geográficas que se hayan definido en los mismos y, iii) el resultado de la supervisión de la ejecución de los mismos. Para efectos de la liquidación del Plan Quinquenal para cada una de las zonas geográficas consideradas en el mismo, la diferencia entre lo ejecutado y lo aprobado deberá ser valorizado, se efectuarán utilizando los costos unitarios aprobados en el proceso regulatorio en el que se aprobó el Plan Quinquenal de Inversiones, debidamente actualizados a la fecha de cálculo"* (El subrayado es nuestro).

De acuerdo con el Reglamento de Distribución, la liquidación del PQI que debe efectuar Osinergmin debe tener en consideración, la ejecución del PQI a través de planes anuales (que si bien pueden ser actualizados siempre deben enmarcarse en el PQI aprobado) y el resultado de la supervisión de la ejecución de los mismos; precisando que el resultado de la misma debe corresponder a la diferencia entre lo ejecutado y lo aprobado.

Precisamente con la finalidad de cumplir con tales disposiciones es que Osinergmin ha dispuesto que la codificación de los proyectos de instalaciones de gas natural utilizados en la presentación del PQI sea única e invariable, ya que ello hace posible para Osinergmin mantener la trazabilidad de las obras aprobadas en el PQI (reconocidas y remuneradas a través de la tarifa de distribución) y las ejecutadas (las cuales se reportan a través del Procedimiento VNRGIS para su revisión y supervisión); pudiendo realizar los ajustes necesarios a efectos de que la inversión reconocida en el PQI refleje lo realmente ejecutado por la concesionaria.

Por tal razón, tampoco resulta posible aceptar el extremo del comentario de Cálidda referido a que en cada presentación del Plan Anual se presenten otros códigos de proyectos definitivos, los mismos que se convertirán en invariables. En efecto, si bien los Planes Anuales pueden ser detallados y/o actualizados por la concesionaria, los mismos deben guardar correspondencia con el PQI; siendo evidente que, en ningún caso, el

conjunto de inversiones propuestas mediante los planes anuales puede desnaturalizar o modificar sustantivamente el PQI aprobado, ya que como se mencionó la remuneración a través de la tarifa se encuentra íntimamente ligada a lo previsto en el PQI, y en consecuencia a sus respectivos planes anuales.

En tal sentido, queda claro que la medida dispuesta en el numeral 6.5, recogida en los numerales 7.2, 8.2.2 y 9.6.3 del Procedimiento de Liquidación PQI es necesaria para que Osinergmin pueda mantener la trazabilidad de las obras aprobadas en el PQI y reconocidas a través de la tarifa de distribución, de modo que su ejecución pueda ser correctamente supervisada a fin de efectuar la liquidación correspondiente, la cual, conforme a lo previsto en el Reglamento de Distribución; debe ser el resultado de la comparación entre lo realmente ejecutado (información que se obtiene de la codificación reportada en el VNREGIS y la supervisión) y lo aprobado en el PQI (información que se obtiene de la codificación utilizada en la elaboración del PQI).

Por lo expuesto, considerando que el presente comentario busca modificar un numeral que no ha sido materia de prepublicación por parte de la Resolución 189 para la recepción de comentarios y que la disposición consistente en que los códigos asignados a los proyectos de instalación de gas natural en el PQI sean únicos e invariables, permite efectuar la liquidación del PQI en los términos previstos en el Reglamento de Distribución, es decir manteniendo la trazabilidad de los proyectos aprobados en el PQI, para su posterior supervisión y liquidación; no se acepta el comentario.

3) Procedencia de la publicación del Proyecto Normativo

- 3.1.** Osinergmin, dentro de su ámbito de competencia, ejerce la función normativa contemplada en el literal c) del Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la cual comprende la facultad de dictar normas que regulen los procedimientos a su cargo. Por su parte, conforme al Artículo 21° del Reglamento General de Osinergmin, el Regulador dicta de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las Entidades y usuarios. Estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las Entidades y de éstas con sus usuarios.
- 3.2.** Mediante Resolución 189 se ha cumplido con publicar el proyecto normativo, conforme a lo señalado en el Artículo 14° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, que señala la obligación de disponer la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales, permitiendo que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas. Ello en concordancia con el Artículo 25 del Reglamento General de Osinergmin antes mencionado.
- 3.3.** En el Artículo 2 de la Resolución 189 se otorgó un plazo a fin de recibir las observaciones y/o comentarios respecto al proyecto de resolución publicado;

debiendo precisarse que, en el presente informe se han analizados los aspectos legales contenidos en las opiniones y sugerencias recibidas, y en el informe elaborado por la División de Gas Natural, los comentarios de naturaleza y especialidad técnica.

- 3.4.** Habiéndose cumplido con los requisitos de transparencia previstos en el marco normativo; corresponde someter a la aprobación y posterior aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin, el proyecto de resolución que modifica el “Procedimiento para la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones de las Concesiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos”.
- 3.5.** El proyecto de resolución materia del presente informe se encuentra apto para ser sometido a la aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin.

4) Conclusión

De acuerdo a lo señalado en el presente informe, se considera procedente someter a aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin, la resolución que modifica el “Procedimiento para la liquidación del Plan Quinquenal de Inversiones de las Concesiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos” aprobado mediante Resolución N° 299-2015-OS/CD.

[mcastillo]

/epv